

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2019

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Peter Rädler, LL.M. (Cantab), Karlsruhe

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2019 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 2019 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt.

Die Rechtsprechungsübersicht basiert auf der folgenden Gliederung. Soweit zu einem Gliederungspunkt im Berichtszeitraum keine Entscheidungen veröffentlicht worden sind, ist nur die Überschrift aufgeführt.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. Rechtsbruch
4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen
5. Irreführung
6. Vergleichende Werbung

¹ Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

² Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Vollbild abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

7. Unzumutbare Belästigung
8. Rechtsfolgen
9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
10. Sonstiges

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)
2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)
3. Zusammenschlusskontrolle
4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
6. Sonstiges

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

a) „Durchleitungssystem“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, § 3 Abs. 1 KfWG)

In seiner Entscheidung „Durchleitungssystem“ vom 13. Dezember 2018³ ordnet der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs das Durchleitungsverfahren für Finanzierungen, die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) gemäß § 3 Abs. 1 KfWG unter Einschaltung von Kreditinstituten gewährt werden, nicht der geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu. Im Streit stand die Klage einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse in Niedersachsen gegen die KfW, mit der die Sparkasse geltend machte, die differenzierte Ausgestaltung der Durchleitung von Förderkrediten an Endkunden durch die KfW stelle sich als wettbewerbswidrig dar.

Im sogenannten einstufigen Durchleitungsverfahren wird der Förderantrag des Kunden bei der Hausbank ausgefüllt und von dieser bei der Beklagten eingereicht; die KfW schließt in diesem Fall den Kreditvertrag mit der Hausbank. Dieses einstufige Modell praktiziert die KfW nur bei den priva-

³ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 165/17](#) – juris.

ten Bankinstituten und den privatrechtlich organisierten Sparkassen. Demgegenüber wendet die Beklagte bei den öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen sowie den Volks- und Raiffeisenbanken ein zweistufiges Durchleitungsverfahren an. Hierbei schließt die KfW mit dem Zentralinstitut der Sparkassen einen Darlehensvertrag, dann das Zentralinstitut einen entsprechenden Darlehensvertrag mit der örtlichen Sparkasse und schließlich schließt die Sparkasse einen Darlehensvertrag mit dem jeweiligen Endkunden. Mit ihrer Unterlassungsklage begehrte die klagende Sparkasse, unmittelbar und ohne Zwischenschaltung anderer Kreditinstitute eine Bearbeitung und Darlehensgewährung durch die KfW zu erreichen. Nach Zuerkennung des Unterlassungsantrags durch das Landgericht hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen; die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg.

Der Bundesgerichtshof schließt sich der Beurteilung des Berufungsgerichts an, dass die KfW bei der Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handele, so dass es an einer geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehle.⁴ Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) bis Buchst. f) KfWG habe die KfW bei der Gewährung von Finanzierungen grundsätzlich Kreditinstitute oder andere Finanzierungsinstitutionen einzuschalten. Die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens stehe mangels näherer gesetzlicher Bestimmung im Ermessen der KfW. Für die Einordnung einer Tätigkeit als dem Lauterkeitsrecht entzogenes, gesetzesvollziehendes hoheitliches Handeln sei aber nur erforderlich, dass sich die Handlung auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung stützt, nicht aber, dass diese die Einzelheiten des Vollzugs vorgibt.⁵ Es stehe der öffentlichen Hand aber grundsätzlich auch frei, sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlicher Handlungsformen zu bedienen oder dafür Privatunternehmen zu beauftragen.⁶ Die von der Klägerin beanstandete Praxis, diese nicht zum einstufigen Durchleitungsverfahren zuzulassen, stelle folglich

⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

keine geschäftliche Handlung dar und sei damit einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen. Ansprüche aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot seien nach § 185 Abs. 1 Satz 3 GWB gegenüber der Beklagten ausdrücklich ausgeschlossen.⁷

Die Klägerin könne ihre Ansprüche schließlich auch nicht auf § 3 Abs. 1 Satz 4 KfWG i.V.m. dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV stützen. Zwar habe die Beklagte nach dieser Bestimmung bei der Durchführung ihrer Geschäfte im Verhältnis zu Kreditinstituten oder Finanzierungsinstitutionen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten. Damit sei allerdings nur eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Das allgemeine unionsrechtliche Diskriminierungsverbot sei auf rein innerstaatliche Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug nicht anwendbar; es seien auch keine Anzeichen dafür erkennbar, dass der deutsche Gesetzgeber die Geltung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots auch für Inlandssachverhalte habe anordnen wollen.⁸ Auf ein Grundrecht wie das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 könne sich die Klägerin als öffentlich-rechtliche Sparkasse nicht berufen; in der Anwendung des Durchleitungssystems durch die KfW liege schließlich keine Verletzung sonstiger allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze oder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor.⁹

2. Per-se-Verbote

(entfällt)

⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 23 f.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 29 f.

3. Rechtsbruch

a) „Uber Black II“ (§ 3a UWG, § 49 Abs. 4 PBefG)

Mit seinem Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017¹⁰ hatte der Bundesgerichtshof dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit eines Verbots der Smartphone-Anwendung „Uber Black“ mit dem Unionsrecht zur Klärung vorgelegt. Vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH vom 20. Dezember 2017 in der Rechtssache Rs. „Elite Taxi/Uber Systems Spain SL“¹¹ hat der Bundesgerichtshof sein Vorabentscheidungsersuchen zurückgenommen. Mit Urteil vom 13. Dezember 2018 hat der Bundesgerichtshof über das dort anhängige Revisionsverfahren unter Berücksichtigung des genannten Urteils des EuGH vom 20. Dezember 2017 entschieden.¹²

Danach verstößt die Verwendung der Smartphone-Applikation „Uber Black“ in der beanstandeten Version gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG. Gemäß dieser Bestimmung dürfen Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen, die am Betriebssitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind. Die gesetzliche Bedingung, dass Fahrern von Mietwagen erteilte Beförderungsaufträge zunächst am Betriebssitz des Unternehmens eingehen müssen, sei – so der I. Zivilsenat – bei dieser App nicht erfüllt, wenn der Fahrer unmittelbar und gleichzeitig mit dem Betriebssitz über einen Beförderungsauftrag unterrichtet werde. Eine solche unmittelbare Auftragserteilung an Fahrer von Mietwagen sei unabhängig davon unzulässig, ob sie durch die Fahrgäste selbst oder für sie handelnde Vermittler erfolge.¹³ Gegen diese Auslegung von § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG bestünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seien die Rückkehr- und Aufzeichnungspflichten gemäß § 49 Abs. 4 Satz 3 und Satz 4 PBefG mit dem Grundsatz vereinbar; die gesetzliche Abgrenzung der Berufsbilder des Mietwagen- und Taxiunternehmers diene dem Schutz der Existenz-

¹⁰ Beschluss vom 18. Mai 2017 – [I ZR 3/16](#) – juris, Rn. 34 f.

¹¹ Rs. C-434/15 – juris.

¹² Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 3/16](#) – juris.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 34.

und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs, an dem ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit bestehe. Hieran gemessen sei auch das Verbot von § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG ebenfalls verfassungsgemäß, ohne dass die von der Revision argumentierte Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Neubeurteilung durchgreifen könne.¹⁴

Das Verbot der angebotenen Smartphone-Applikation sei auch mit den Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV und der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar, denn sowohl nach Art. 58 Abs. 1 AEUV als auch gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) der Richtlinie seien Verkehrsdienstleistungen von der Dienstleistungsgrundfreiheit ausgenommen. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Elite Taxi“ stelle ein Vermittlungsdienst, der in der Herstellung einer Verbindung zwischen einem Fahrer und einem Fahrgast bestehe, zwar grundsätzlich eine Dienstleistung dar; als Verkehrsdienstleistung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) der Richtlinie sei hingegen ein Vermittlungsdienst einzustufen, wenn er integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestehe.¹⁵ Hieran gemessen stelle auch der Vermittlungsdienst der Beklagten eine Verkehrsdienstleistung dar. Unabhängig von der Eigenschaft der kooperierenden Mietwagenunternehmer als Selbständige und als den Weisungen der Beklagten nicht unterworfenen Unternehmen organisiere die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine an sie gebundene Flotte von Fahrzeugen mit Fahrern, deren Marktauftritt sie so vereinheitliche, dass sie die zur Flotte gehörenden Fahrzeuge mit der Werbung als „UBER“ bezeichne.¹⁶ Unter den festgestellten Umständen werde auch die durch Art. 49 AEUV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit durch eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Smartphone-Applikation nicht berührt. Denn eine dauerhafte Erbringung grenzüberschreitender, auch elektronischer Dienstleistungen begründe für sich allein keine Niederlassung.¹⁷

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 38 f.

¹⁵ EuGH – C-434/15 – juris, Rn. 34 und Rn. 40.

¹⁶ a.a.O., [LZR 3/16](#), juris, Rn. 48.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 58 f.

Die Revision gegen das Berufungsurteil hat der Bundesgerichtshof daher zurückgewiesen. § 49 Abs. 4 PBefG stelle eine Marktverhaltensregelung dar. Es könne dahinstehen, ob die eigene Tätigkeit der Beklagten dem Personenbeförderungsgesetz unterliege; sie hafte jedenfalls als Teilnehmerin. Eine Teilnehmerhaftung komme auch dann in Betracht, wenn der Teilnehmer selbst nicht Adressat der Marktverhaltensregelung ist, jedoch Normadressaten dazu auffordert oder ihnen dabei behilflich ist, gegen diese Regelung zu verstoßen.¹⁸

b) „Energieeffizienzklasse III“ (§ 3a UWG; Delegierte Verordnung Nr. 874/12)

Im Urteil „Energieeffizienzklasse III“ vom 07. März 2019¹⁹ setzt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zum Kriterium der Spürbarkeit i.S.v. § 3a UWG bei vorenthaltenen Verbraucherinformationen seit der Entscheidung „Jogginghosen“²⁰ fort und beschäftigt sich mit den Darlegungsanforderungen für besondere Umstände, bei deren Vorliegen die Erteilung wesentlicher Informationen entbehrlich ist.

In dem Rechtsstreit hatte die Wettbewerbszentrale einen Händler in Anspruch genommen, der auf seiner Internetseite Leuchten beworben und dabei über dem Preis lediglich einen grünen Pfeil mit der Kennzeichnung „A++“ – ohne Link oder sonstige Information per Mouse-roll over – angegeben hatte. In der Angabe lediglich der höchsten Energieeffizienzklasse sah die Wettbewerbszentrale einen Verstoß gegen die Vorgaben der Delegierten Verordnung Nr. 874/2012 zur Energieverbrauchskennzeichnung von elektrischen Lampen und Leuchten. Die Unterlassungsklage war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hatte zwar einen Verstoß gegen die Delegierte Verordnung angenommen, einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG und § 3a UWG i.V.m. der Delegierten Verordnung allerdings verneint, da

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 62 f.

¹⁹ Urteil vom 07. März 2019 – [I ZR 184/17](#) – juris.

²⁰ Urteil vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 73/17](#) – juris, Rn. 26.

die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast zur fehlenden Spürbarkeit mit dem fehlenden Hinweis darauf nachgekommen sei, der Verbraucher benötige allein die Information über die höchste erzielbare Energieeffizienzklasse; eines Hinweises darauf, dass auch weniger effiziente Leuchtmittel eingesetzt werden könnten, bedürfe es nicht.²¹ Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.

Dass die Vorgabe zu den Energieeffizienzklassen eine dem Schutz der Verbraucher dienende Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstellt, entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Erst in jüngerer Zeit seit der Entscheidung „Jogginghosen“ nimmt der Bundesgerichtshof an, dass der Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, die darin besteht, dass dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthalten wird, nur dann spürbar ist, wenn der Verbraucher die ihm vorenthaltene wesentliche Information je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen.²² Anders als vom Berufungsgericht angenommen, habe aber weder die sekundär darlegungsbelastete Beklagte noch das Berufungsgericht selbst Umstände dargelegt, die – abweichend vom Regelfall – die Annahme rechtfertigen könnten, dass Verbraucher die ihnen vorenthaltene Information zur Energieeffizienzklasse für ihre Kaufentscheidung nicht benötigten. Bei der Frage, ob es besondere Umstände gibt, die eine Information entbehrlich machen, ist auf den Informationserfolg abzustellen; ist dieser auf anderem Weg als durch die vorgeschriebene Information bereits erreicht worden, ist das Vorenthalten der Information nicht geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Mit seiner Annahme, der Durchschnittsverbraucher benötige bei Leuchten stets allein die höchste erzielbare Energieeffizienzklasse für seine Entscheidung, ersetze jedoch das Berufungsgericht die entgegengesetzte Einschätzung des europäischen Verordnungsgesetzgebers, die sich in der Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) der Delegierten Verordnung nie-

²¹ a.a.O. – [LZR 184/17](#) – juris, Rn. 23.

²² a.a.O., juris, Rn. 26 f.

dergeschlagen habe, durch seine eigene.²³ Nach Teilerledigung des Rechtsstreits hat der Bundesgerichtshof daher den aus seiner Sicht zulässigen und begründeten Unterlassungsanspruch als erledigt festgestellt und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin die geltend gemachten Abmahnkosten zu zahlen.

c) „Kaffeekapseln“ (§ 3a UWG, § 2 Abs. 1 PAngV)

Mit den Anforderungen an die Preisangaben bei Kaffeekapseln beschäftigt sich der I. Zivilsenat in seiner gleichnamigen Entscheidung vom 28. März 2019.²⁴ Der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. beanstandete, dass die Beklagte in dem von ihr vertriebenen Elektromarkt unter Verwendung eines Aufstellers Kaffeekapseln verschiedener Hersteller für das Kapsel-System „Nespresso“ in Packungen zu je zehn Stück anbot; auf dem Aufsteller waren die jeweilige Art der Kapseln, die Menge von zehn Stück je Packung und der Preis pro Packung angegeben, nicht dagegen der Grundpreis für das in den Kapseln enthaltene Kaffeepulver. Weiter war auf den Packungen das Füllgewicht aller in einer Packung enthaltenen Kapseln angegeben. Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Angabe eines Grundpreises gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV beanstandete der Kläger dieses Angebot als wettbewerbswidrig. Die Klägerin hatte in den Vorinstanzen ihren Unterlassungsanspruch erfolgreich durchgesetzt; die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg. Der Bundesgerichtshof schließt sich der Beurteilung des Berufungsgerichts an, dass die Beklagte nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV verpflichtet war, bei dem beanstandeten Angebot der Kaffeekapseln auch den Grundpreis, d.h. den Preis je 100 Gramm oder je Kilogramm des in den Kapseln enthaltenen Kaffees, anzugeben. Der Bundesgerichtshof ordnet die angebotenen Kaffeekapseln als Fertigpackungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV ein.²⁵ Maßgeblich sei insoweit der Begriff der Fertigpackung gemäß der Legaldefinition in § 42 Abs. 1

²³ a.a.O., juris, Rn. 30.

²⁴ Urteil vom 28. März 2019 – [I ZR 85/18](#) – juris; vgl. auch das weitgehend gleich lautende Urteil vom gleichen Tag – [I ZR 44/18](#) – zu dem Kaffeekapsel-System „Tchibo Cafissimo“.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

MessEG. Da die Beklagte das Kaffeepulver in den Kaffeekapseln i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV nach Gewicht angeboten habe, sei sie verpflichtet gewesen, einen Grundpreis anzugeben, ohne dass es hierbei darauf ankomme, ob die fraglichen Erzeugnisse lediglich nach Stückzahl verkauft werden.²⁶

Von der Pflicht zur Angabe der Nettofüllmenge hätte – so der I. Zivilsenat weiter – die Beklagte nach Art. 23 Abs. 3 der Lebensmittelinformationsverordnung i.V.m. Nr. 1 des Anhangs IX zu dieser Verordnung nur befreit sein können, wenn ein Lebensmittel normalerweise nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht würde. Kaffeepulver werde aber im Gegensatz zu Kaffeekapseln nicht nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht. In Fortführung seiner Rechtsprechung „Jogginghosen“²⁷ führt der Bundesgerichtshof aus, der Verstoß gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV sei auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern gemäß § 3a UWG spürbar zu beeinträchtigen; insoweit bestehe eine sekundäre Darlegungslast für den Unternehmer, der geltend mache, dass der Verbraucher abweichend vom Regelfall eine ihm vorenthaltene wesentliche Information für eine Kaufentscheidung nicht benötige. Die Beklagte habe aber keinen in diese Richtung gehenden Sachvortrag gehalten.²⁸

4. Marktverhaltensregelungen (§ 3a UWG, § 4 Nr. 11 UWG a.F.)

a) „Deutschland-Kombi“ (§ 3a UWG, § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV)

In seinem Urteil „Deutschland-Kombi“ vom 08. November 2018²⁹ beschäftigt sich der I. Zivilsenat nochmals mit der Einordnung von Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags als Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG. Die Klägerin, ein privater Vermittlungsdienst von Hörfunkwerbezeiten bei privaten Rundfunksendern, hatte die Beklagte – eine 100 %ige Tochtergesellschaft einer ARD-Werbe-gesellschaft – wegen Verletzung

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

²⁷ Urteil vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 73/17](#) – juris, Rn. 32.

²⁸ Urteil vom 28. März 2019, a.a.O., juris, Rn. 29 f. und Rn. 33.

²⁹ Urteil vom 08. November 2018 – [I ZR 108/17](#) – juris.

von § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV auf Unterlassung in Anspruch genommen. Nach dieser Bestimmung dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kommerzielle Tätigkeiten im Wettbewerb nur unter Marktbedingungen erbringen. Seit 2009 hatte die Beklagte ein preislich günstigeres Kombinationsangebot angeboten, welches unter dem Namen „A. Radio Deutschland-Kombi“ flächendeckend 53 Radioprogramme umfasste. Wegen der Preisreduzierung gegenüber Einzelbuchungen hatte die Klägerin geltend gemacht, die Beklagte vermarkte den Tarif zu Preisen unterhalb der Marktpreise.

In den Vorinstanzen war die Klage erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hatte angenommen, die Klage sei unzulässig, im Übrigen aber auch unbegründet. Der Bundesgerichtshof legt ausführlich dar, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft die hinreichende Bestimmtheit des Klageantrags verkannt habe.³⁰ Die hilfsweise angestellten Überlegungen des Berufungsgerichts zur Begründetheit seien als nicht geschrieben zu behandeln und vom Revisionsgericht daher nicht zu beachten. Mit der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht hat der I. Zivilsenat darauf hingewiesen, dass entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ein Unterlassungsanspruch der Klägerin jedenfalls nicht daran scheitere, dass es sich bei § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV nicht um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG handele. Unter Verweis auf seine Rechtsprechung zu § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV³¹ und zu § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 RStV³² führt der Bundesgerichtshof aus, § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV enthalte eine Marktzutrittsregelung zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, kommerzielle Tätigkeiten auszuüben; Satz 3 der Bestimmung regule demgegenüber das Marktverhalten dieser Sender durch die Vorgabe, kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen erbringen zu dürfen.³³ Auch die Entstehungsgeschichte der Norm im Zusammenhang mit den Zusagen der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Europäischen Kommis-

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 15 f.

³¹ Urteil vom 16. Januar 2017 – [I ZR 207/14](#) – ARD-Buffer – juris.

³² Urteil vom 30. April 2015 – [I ZR 13/14](#) – Tagesschau-App – juris.

³³ Urteil vom 08. November 2018, a.a.O., juris, Rn. 42.

sion im Beihilfeverfahren über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland spreche für die Einordnung der Bestimmung als Marktverhaltensregelung. Zwar sei Art. 107 AEUV nicht selbst als Marktverhaltensregelung einzuordnen; etwas anderes gelte aber für das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.³⁴ Gegen die Einordnung von § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV als Marktverhaltensregelung spreche auch nicht, dass sich der Norm unmittelbar keine Regelungen für ein konkret fassbares Verhalten auf dem Markt entnehmen lassen. Denn aus der Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschrift erfolge zweifelsfrei, dass jedenfalls eine durch Querfinanzierung aus dem Gebührenaufkommen ermöglichte Unterbietung privater Wettbewerber beim Angebot von Hörfunkwerbung nicht marktkonform sein soll.³⁵ Das durch § 16 Abs. 1 Satz 3 RStV geregelte Marktverhalten sei auch den Tochtergesellschaften der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Außenverhältnis zu ihren Wettbewerbern als eigene Pflicht auferlegt; anderenfalls könnten sich die Rundfunkanstalten ihren Bindungen im Wettbewerb ohne weiteres durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen entziehen.³⁶

b) „Entscheidungsname Olympiareif“ (Nachahmungsschutz, § 3 Abs. 2 OlympSchG; § 4 Nr. 3 UWG)

Im Urteil vom 07. März 2019³⁷ beschäftigt sich der I. Zivilsenat mit dem Gesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Bezeichnungen (Olympia-Schutzgesetz, OlympSchG). Der deutsche olympische Sportbund hatte eine Händlerin für Sportbekleidung auf Unterlassung abgemahnt, da diese während der olympischen Spiele 2016 auf ihrer Internetseite mit folgenden Aussagen warb „Olympiaverdächtig: Mit der richtigen Sport-Bekleidung eigene Rekorde brechen“ und „Die tollen Sport-Shirts und Polos sind einfach olympiareif“. Nachdem die Händlerin die vom Sportbund vorformulierte Unterlassungserklärung abgegeben und der Sportbund die Unterlassungserklärung angenommen hatte, begehrte die-

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 49.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 52.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 53.

³⁷ Urteil vom 07. März 2019 – [I ZR 225/17](#) – juris.

ser von der Händlerin Zahlung von Abmahnkosten i.H.v. 2.305,40 €. Das Berufungsgericht hatte – anders als das Landgericht – die Klage abgewiesen; die hiergegen gerichtete Revision blieb ohne Erfolg. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsgericht die Abmahnung des Klägers zu Recht für unberechtigt erachtet, da der mit der Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht bestanden hat.

Das Berufungsgericht habe zutreffend sowohl eine unmittelbare Verwechslungsgefahr als auch eine Verwechslungsgefahr im Sinne eines gedanklichen Inverbindungbringens mit den geschützten olympischen Bezeichnungen verneint (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 OlympSchG).³⁸ Die Revision wende sich auch ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, es fehle an einem unlauteren Ausnutzen der Wertschätzung der olympischen Bezeichnungen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 OlympSchG). Zwar sei der durch § 3 Abs. 2 OlympSchG gewährte Schutz vor unlauterer Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung an § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG angelehnt. Das OlympSchG schütze aber anders als § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nicht die Unterscheidungskraft der olympischen Bezeichnungen. Daher sei der durch § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 OlympSchG gewährte Schutz vor Rufausbeutung an den Nachahmungsschutz des § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG angenähert, der nur eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung umfasse. Für den vom Gesetzgeber bezweckten Schutz vor einem Imagetransfer reiche es allerdings nicht aus, wenn lediglich durch Assoziationen im Hinblick auf den Schutzgegenstand Aufmerksamkeit erweckt werde.³⁹ Der Bundesgerichtshof folgt insoweit der Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach die Beklagte mit den Bezeichnungen „olympiaverdächtig“ und „olympiareif“ eine produktbezogene Qualitätsaussage getroffen habe, ohne dass konkrete Umstände festgestellt werden konnten, nach denen es zu einer Rufübertragung komme.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 10 und Rn. 12.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 15.

c) Werbeprospekt mit Bestellpostkarte“ (§ 3a UWG; Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB)

Mit Urteil vom 11. April 2019⁴⁰ hat der I. Zivilsenat nach einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in dem Verfahren „Werbeprospekt mit Bestellpostkarte“ entschieden. In Streit stand in dieser Sache der Werbeprospekt eines Bekleidungsunternehmens mit Bestellpostkarte, wobei allerdings weder der Prospekt noch die Bestellpostkarte die gesetzlich vorgeschriebene Widerrufsbelehrung und das Muster-Widerrufsformular enthielt. Mit Beschluss vom 14. Juni 2017 in derselben Sache hatte der I. Zivilsenat den EuGH angerufen zur Klärung der Frage, inwieweit Art. 6 Abs. 1 Buchst. h) und Art. 8 Abs. 4 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83 Ausnahmen von der Belehrung über das Widerrufsrecht bei räumlicher Beschränkung eines für den Fernabsatz gewählten Kommunikationsmittels zulassen. Im Urteil vom 23. Januar 2019 in der Rechtsache „Walbusch/Zentrale“⁴¹ hat der EuGH entschieden, es sei Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob bei einer räumlichen Beschränkung alle in Art. 6 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie genannten Informationen objektiv in dieser Botschaft dargestellt werden können; Art. 6 Abs. 1 Buchst. h) und Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie seien dahin auszulegen, dass bei begrenztem Raum des Fernkommunikationsmittels der Unternehmer auf andere Weise in klarer und verständlicher Weise das Muster-Widerrufsformular gemäß dem Anhang I Teil B der Richtlinie zur Verfügung stellen müsse.

Vor dem Hintergrund dieser Klärung durch den EuGH hat der Bundesgerichtshof nunmehr die von der klagenden Wettbewerbszentrale verfolgten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten als begründet erachtet. § 312d Abs. 1 BGB und Art. 246a §§ 1, 3 und 4 EGBGB seien nach ständiger Rechtsprechung als Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG a.F. und § 3a UWG anzusehen.⁴² Mit der Ausfüllung und Einsendung des dem Prospekt beigefügten Bestellscheins habe der

⁴⁰ Urteil vom 11. April 2019 – [I ZR 54/16](#) – juris.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 23. Januar 2019 – C-430/17 – juris.

⁴² Urteil vom 11. April 2019, a.a.O., juris, Rn. 14.

Verbraucher gegenüber der Beklagten ein Angebot zum Abschluss eines Fernabsatzvertrags i.S.v. § 312c Abs. 1 BGB und damit seine Vertragserklärung i.S.v. Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB abgegeben; folglich seien ihm die Informationen über die Ausübung des Widerrufsrechts und über das Muster-Widerrufsformular in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung zu stellen. Entgegen dem Vorbringen der Revision liege bei der fraglichen Bestellkarte kein Kauf auf Probe vor. Der Vertrag sei verbindlich zustande gekommen, wenn die Beklagte die Ware geliefert und der Kunde sie nicht innerhalb der ihm von der Beklagten eingeräumten 14-tägigen Billigungsfrist zugesandt hat.⁴³ Mit dem beanstandeten Prospekt habe die Beklagte den Verbrauchern die gesetzlich vorgeschriebenen Informationen nicht zur Verfügung gestellt. Dem Verbraucher sei dabei ein Wechsel des Kommunikationsmittels, um – im vorliegenden Fall auf der Internetseite der Beklagten – Kenntnis der Pflichtangaben zu erlangen, regelmäßig nicht zumutbar. Grundsätzlich könne nicht vorausgesetzt werden, dass der Verbraucher über ein anderes Fernkommunikationsmittel verfügt und es beherrscht als dasjenige, dessen er sich zur Kenntnisnahme des Fernabsatzangebots des Unternehmers bedient hat.⁴⁴ Das Berufungsgericht habe auch zutreffend angenommen, die Beklagte könne sich im Streitfall nicht auf die erleichterten Informationspflichten bei einer räumlich begrenzten Darstellungsmöglichkeit gemäß Art. 246a § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB (zur Umsetzung von Art. 8 Abs. 4 Satz 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie) berufen.⁴⁵

Eine räumliche Begrenztheit des Kommunikationsmittels kann zwar nicht nur aus den Eigenschaften dieses Kommunikationsmittels folgen, sondern sich auch aus dem Ergebnis wirtschaftlicher Entscheidungen des Unternehmens bezüglich Art und Umfang der Werbung ergeben. Der Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung in Art. 8 Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie kann sich nach der Entscheidung des EuGH in der Sache „Walbusch/Zentrale“ aber nicht nach der gestalterischen Entscheidung des

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 25 f.

Unternehmers hinsichtlich der Aufteilung und Nutzung von Raum und Zeit bei dem jeweiligen Kommunikationsmittel bestimmen. Im Einzelfall ist vielmehr – so der I. Zivilsenat – objektiv anhand einer Gesamtwürdigung des konkreten Werbemittels zu bestimmen, ob alle in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie genannten Informationen in einem Werbemittel dargestellt werden können. Regelmäßig sei davon auszugehen, dass die Werbebotschaft noch nicht zurücktritt, wenn für die verpflichtenden Verbraucherinformationen bei Verwendung einer für den durchschnittlichen Adressaten der Werbung angemessenen Schrifttype nicht mehr als 1/5 des für eine konkrete Printwerbung verfügbaren Raums benötigt wird. Diese Schwelle zur fehlenden objektiven Darstellbarkeit der richtliniengemäßen Informationen in der Werbebotschaft sei im vorliegenden Fall noch nicht überschritten; die Widerrufsbelehrung einschließlich des Muster-Widerrufsformulars habe sich nach den eigenen Angaben der Beklagten vielmehr auf etwas mehr als einer Seite des sechsseitigen Prospekts unterbringen lassen.⁴⁶

d) Vorlagebeschluss zur „Verfügbarkeit“ einer Telefonnummer

Ebenfalls die Auslegung der Verbraucherrechte-Richtlinie betrifft der Vorlagebeschluss des I. Zivilsenats vom 07. März 2019.⁴⁷ Die Vorlagefrage betrifft den Begriff der Verfügbarkeit einer ggf. in der Widerrufsbelehrung anzugebenden Telefonnummer. Im Streit um gegenseitige Abmahnkosten hatte der Beklagte in dieser Sache geltend gemacht, der Kläger verstoße durch seinen Internetauftritt gegen § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB und Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 i.V.m. der Anlage 1 EGBGB, da dort – was unstreitig gewesen ist – keine Telefonnummer angegeben war, die Klägerin allerdings eine Telefonnummer bei den Angaben im Impressum verwendete. Nach dem Gestaltungshinweis zu dem Muster für die Widerrufsbelehrung gemäß Anlage 1 EGBGB ist in die Belehrung, „so weit verfügbar“, die Telefonnummer des Unternehmens einzufügen; dieser Gestaltungshinweis entspricht der Anlage I Teil A zu Art. 6 Abs. 4 Satz 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83. Nach dem Verständnis des

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 34. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴⁷ Beschluss vom 07. März 2019 – [I ZR 169/17](#) – juris.

I. Zivilsenats ist eine Telefonnummer bereits dann im Sinne dieser Muster-Widerrufsbelehrung zur Richtlinie verfügbar, wenn der Unternehmer diese Telefonnummer geschäftlich nutzt. Im Streitfall gehe es lediglich um die Inempfangnahme von Widerrufserklärungen im Unternehmen der Klägerin und deren Dokumentation.⁴⁸ Der Bundesgerichtshof grenzt diese Beurteilung ab von seinem Vorlagebeschluss „Rückrufsystem“;⁴⁹ dort hat der Senat als zweifelhaft angesehen, ob auch solche Kommunikationsmittel i.S.v. Art. 6 der Richtlinie im Unternehmen vorhanden sind, die ausschließlich zu anderen Zwecken als für den Kontakt zu Verbrauchern im Rahmen des Abschlusses von Fernabsatzverträgen eingesetzt werden.

5. Irreführung (§ 5 UWG)

a) „Prämienparverträge“ (§ 5 Abs. 1 Satz 2: zur Täuschung geeignete Angaben)

In seiner Entscheidung „Prämienparverträge“ vom 25. April 2019⁵⁰ beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, inwieweit Meinungsäußerungen zur Täuschung geeignete Angaben i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 UWG darstellen können. Die Verbraucherzentrale Sachsen-Anhalt hatte eine Kreissparkasse wegen ihres Kündigungsschreibens zu Prämienparverträgen auf Beseitigung in Anspruch genommen. Die Prämienparverträge sahen eine „S-Prämie“ auf die vom Kunden im Kalenderjahr geleisteten Sparbeiträge gemäß der im Vertrag genannten Prämienstaffel vor; diese Prämienstaffel umfasste je nach Vertragsgestaltung 15 oder 25 Jahre. Die beklagte Kreissparkasse verwendete in dem streitgegenständlichen Kündigungsschreiben die Formulierung: „Bei den bestehenden Verträgen handelt es sich um Einlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist. Eine Vertragslaufzeit ist nicht vereinbart.“ Die Klägerin hielt dieses Kündigungsschreiben für irreführend, weil bis zum Ablauf der jeweils vereinbarten Prämienstaffel kein Kündigungsrecht der Beklagten bestehe. Nachdem die Klage in den Vorinstanzen erfolglos geblieben war, ließ der

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁴⁹ BGH, Beschluss vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 163/16](#) – juris, Rn. 19 f.; anhängig beim EuGH unter C-649/17.

⁵⁰ Urteil vom 25. April 2019 – [I ZR 93/17](#) – juris.

Bundesgerichtshof die Revision zu; letztlich hatte sie dort allerdings auch keinen Erfolg.

Der I. Zivilsenat ordnet die Kündigungsschreiben der Beklagten als geschäftliche Handlungen i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG ein. Die von der Beklagten im eigenen Geschäftsinteresse vorgenommene Kündigung der mit Verbrauchern abgeschlossenen Prämien-Sparverträge hänge objektiv mit der weiteren Durchführung dieser Verträge zusammen.⁵¹ Im Ausgangspunkt handele es sich bei den beanstandeten Aussagen in den Kündigungsschreiben auch um Angaben i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG; die Angaben seien geeignet, Verbraucher über ihre Rechte i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG zu täuschen.⁵² Aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG am Maßstab der Richtlinie 2005/29/EG ergebe sich, dass die Bestimmung grundsätzlich auch Angaben erfasse, die – wie Meinungsäußerungen – zwar nicht wahr oder unwahr sein können, gleichwohl aber zur Täuschung des Durchschnittsverbrauchers geeignet sind.⁵³ Allerdings seien Aussagen über die Rechtslage nur in bestimmten Fällen von § 5 Abs. 1 UWG erfasst. Ist für die betroffenen Verkehrskreise – wie dies das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei für die fraglichen Kündigungsschreiben angenommen habe – erkennbar, dass es sich um eine im Rahmen der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung geäußerte Rechtsansicht handelt, fehle dieser Äußerung die zur Erfüllung des Tatbestands der Irreführung erforderliche Eignung zur Täuschung. Es komme dabei auch nicht darauf an, ob diese Rechtsansicht richtig ist; dies sei nicht im Wettbewerbsprozess, sondern in dem Rechtsverhältnis zu prüfen und zu entscheiden, auf das sich diese Rechtsansicht bezieht.⁵⁴ Anders verhalte es sich nur mit solchen Äußerungen, in denen der Unternehmer gegenüber Verbrauchern eine eindeutige Rechtslage behaupte, die tatsächlich nicht besteht, sofern der angesprochene Kunde die Aussage nicht als Äu-

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 24.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 31.

ßerung einer Rechtsansicht, sondern als Feststellung verstehe. Diese Äußerungen seien von § 5 Abs. 1 UWG erfasst.⁵⁵

6. Vergleichende Werbung

a) „Das beste Netz“ (§§ 6 Abs. 2 Nr. 5 und Nr. 4, 5 Abs. 1, 5a Abs. 2 UWG)

Gegenstand der Entscheidung „Das beste Netz“ vom 24. Januar 2019⁵⁶ ist eine vergleichende Werbung der 1&1 Telecom GmbH gegenüber der Telekom Deutschland GmbH im Zusammenhang mit einer Bewertung der Unternehmen in der Zeitschrift „Connect“. Im Jahr 2015 hatte die Zeitschrift „Connect“ die 1&1 Telecom als „Testsieger“ in ihrem „Festnetztest“ bewertet, Telekom Deutschland dagegen erreichte erstmals den 2. Platz. Anders als Telekom Deutschland verfügt 1&1 Telecom nicht über ein flächendeckendes Netz, sondern kauft Netzkapazitäten bei anderen Anbietern – u.a. Telekom Deutschland – ein und vermarktet diese unter eigenem Namen. Das Testergebnis in der Zeitschrift „Connect“ hatte 1&1 Telecom sowie ihre Tochtergesellschaft 1&1 Internet SE mit der Aussage, bei „1&1“ gebe es „das beste Netz“ beworben; ein hierauf bezogener Werbespot beinhaltete eine fiktive Preisverleihung, bei der ein Repräsentant der Telekom Deutschland sich auf dem Weg zum Podium vorbereitet, um den Preis für „Das beste Netz“ entgegenzunehmen, welcher dann aber dem Anbieter „1&1“ zuerkannt wird. Die Vorinstanzen hatten der Klage der Telekom Deutschland auf Unterlassung der Werbeaussage „das beste Netz“ stattgegeben, dagegen den auf die Unterlassung des fraglichen Werbespots gerichteten Anträge abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Telekom Deutschland hatte keinen Erfolg, die Revision der 1&1-Unternehmen war dagegen weitgehend erfolgreich.

Der I. Zivilsenat ordnet den angegriffenen Werbespot als vergleichende Werbung i.S.v. § 6 Abs. 1 UWG ein. Allerdings handele es sich insoweit

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁵⁶ Urteil vom 24. Januar 2019 – [I ZR 200/17](#) – juris.

nicht um einen herabsetzenden Werbevergleich⁵⁷. Für die Beurteilung einer Herabsetzung i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG sei maßgeblich, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Produkte des Mitbewerbers oder seiner persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse darstellt; hierbei sei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte in einem Werbevergleich stelle erst dann eine unzulässige Herabsetzung dar, wenn sie den Mitbewerber dem Spott oder der Lächerlichkeit preisgebe oder von den Adressaten der Werbung wörtlich und damit ernst genommen und daher als Abwertung verstanden werde.⁵⁸ Nicht zu beanstanden sei insoweit die Wertung des Berufungsgerichts, der Verbraucher erkenne die ironische Überzeichnung des Charakters des Repräsentanten der Telekom Deutschland in dem Werbespot; auch die dargestellte Überheblichkeit des sichtbar siegesgewissen Repräsentanten werde als parodistisch und überzeichnet wahrgenommen. Diese tatrichterliche Würdigung hat der Bundesgerichtshof im Rahmen der eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung nach § 286 ZPO nicht beanstandet.⁵⁹ Erfolglos blieb insoweit auch die Rüge der Telekom Deutschland, im fraglichen Werbespot gingen Humor und Ironie allein auf Kosten einer Partei; auch insoweit unterliege, so der I. Zivilsenat, die Gesamtwürdigung der tatrichterlichen Beurteilung.⁶⁰ Telekom Deutschland mache auch zu Unrecht geltend, der Werbespot der 1&1 nutze den Ruf des von ihr als Mitbewerberin verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise aus. Eine wirksame vergleichende Werbung kann es nach der Beurteilung des Bundesgerichtshofs erfordern, die Waren- oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird. Daher sei der Vorwurf einer unlauteren Ausnutzung oder

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 29 f.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 33 f.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 36 f.

Beeinträchtigung des Rufs nur dann begründet, wenn über die Nennung des Kennzeichens hinaus zusätzliche Umstände hinzukommen. Dies erfordere eine Abwägung zwischen den Interessen des Werbenden, des betroffenen Mitbewerbers und der Verbraucher, sich bei einer vergleichenden Werbung objektiv zu informieren.⁶¹ Vorliegend habe die Verwendung des Kennzeichens der Telekom Deutschland auf dem von ihrem Repräsentanten in dem Werbespot aufgesetzten Baseball-Cap im Rahmen der vergleichenden Werbung in zulässiger Weise der Identifizierung der Klägerin als Mitbewerberin gedient. Auch wenn die Verleihung des Prädikats „Das beste Netz“ im Test der Zeitschrift „Connect“ nicht vorgesehen gewesen sei, beziehe sich die vergleichende Werbung gleichwohl objektiv auf den zutreffenden Umstand, dass 1&1 Telecom die Telekom Deutschland als Siegerin der Vorjahre erstmals übertroffen habe.⁶² Der von der Telekom Deutschland weiterhin als verletzt gerügte § 4 Nr. 1 UWG sei durch die Spezialvorschriften des § 6 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 UWG verdrängt; auch wenn sich das Berufungsgericht nicht näher mit der gerügten Verletzung von § 4 Nr. 2 Halbsatz 1 UWG beschäftigt habe, seien das behauptete Testergebnis schon deshalb nicht kreditschädigend im Sinne dieser Bestimmung, da es sich um eine erweislich wahre Tatsache handle.⁶³

Dagegen hatte die Revision der 1&1 Telecom gegen die vom Berufungsgericht bestätigte Verurteilung wegen irreführender Werbung i.S.v. § 5 Abs. 1 und § 5a Abs. 2 UWG weitgehend Erfolg. Der I. Zivilsenat wiederholt seine Rechtsprechung, wonach die Werbung mit aktuellen Testergebnissen für Produkte, die den getesteten entsprechen und die auch nicht technisch überholt sind, grundsätzlich nicht irreführend ist, wenn die von einem Dritten vergebene Auszeichnung in einem seriösen Verfahren vergeben und nicht erschlichen worden ist.⁶⁴ Eine Werbung, mit der der Werbende das Testergebnis nicht in der wörtlich verliehenen Form nutzt, son-

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 52.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 55 und Rn. 58.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 68.

dern mit eigenen Worten umschreibt, sei (nur) irreführend, wenn der Werbende die Aussage des Testergebnisses zu seinen Gunsten verändert. In jedem Fall unberührt bleibe die aus § 5a Abs. 2 UWG folgende Pflicht des Werbenden, bei der Werbung mit einem Testsiegel veröffentlichte Informationen (Fundstelle oder Hinweise auf Prüfkriterien) mitzuteilen.⁶⁵ Hieran gemessen habe das Berufungsgericht im Ausgangspunkt noch zutreffend angenommen, dass der Verkehr die angegriffene Werbung als Wiedergabe des Testergebnisses versteht und dass der Titel „Das beste Netz“ durch den Test der Zeitschrift „Connect“ nicht verliehen worden sei. Der Senat beanstandet gleichwohl das Verkehrsverständnis des Berufungsgerichts. Die Angaben zum „besten Netz“ umschreiben nach Auffassung des Bundesgerichtshofs das Testergebnis „Testsieger – Festnetztest“, ohne die Aussage des Testergebnisses zugunsten von 1&1 Telecom zu verändern. Soweit einzelne Teile des Verkehrs mit dieser Wiedergabe des Testsiegels unzutreffende Vorstellungen verbinden (u.a. 1&1 Telecom verfüge über ein eigenes flächendeckendes Netz), komme es hierauf nicht an.⁶⁶ Zudem habe das Berufungsgericht nicht festgestellt, dass das Testsiegel nicht in einem seriösen Verfahren vergeben oder erschlichen worden sei.

b) „Knochenzement III“ (§ 6 Abs. 2 Nr. 5; § 4 Nr. 1 UWG)

In der Entscheidung „Knochenzement III“ vom 07. März 2019⁶⁷ beschäftigt sich der Bundesgerichtshof anhand eines Sachverhalts, der in anderen Konstellationen bereits zweimal vom I. Zivilsenat entschieden worden ist,⁶⁸ mit der Herabsetzung eines Wettbewerbers im Rahmen vergleichender Werbung. Die Beklagte hatte die Klägerin nach Beendigung einer Zusammenarbeit bei der Herstellung von Knochenzementen erfolgreich wegen der Verletzung von Betriebsgeheimnissen gerichtlich in Anspruch genommen. Mit Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am 05. Juni 2014⁶⁹

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 69 und 71.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 78 und 62.

⁶⁷ Urteil vom 07. März 2019 – [I ZR 254/16](#) – Knochenzement III – juris.

⁶⁸ vgl. Urteile vom 16. November 2017 – [I ZR 160/16](#) – und – [I ZR 161/16](#) – jeweils juris.

⁶⁹ OLG Frankfurt/Main vom 05. Juni 2014 – 6 U 15/13 – n.v.

war der Klägerin verboten worden, ihre Knochenzemente unter Verwertung von Betriebsgeheimnissen der Beklagten herzustellen und zu vertreiben. Am 21. August 2014 veröffentlichte die Beklagte eine Pressemitteilung, die aus Sicht der Klägerin in unlauterer Weise eine widerrechtliche Verwertung von Betriebsgeheimnissen durch den Konzern der Klägerin behauptet. Die auf Unterlassung gerichtete Klage war in den Vorinstanzen erfolgreich; auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof verweist zunächst auf die hier gegenüber der Vorschrift des § 4 Abs. 1 UWG vorrangige Bestimmung zur Herabsetzung eines Wettbewerbers im Rahmen vergleichender Werbung gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG. In richtlinienkonformer Auslegung am Maßstab von Art. 4 Buchst. b) der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung handele es sich aufgrund der Gegenüberstellung der jeweiligen Knochenzementprodukte der Parteien in der beanstandeten Pressemitteilung um vergleichende Werbung.⁷⁰ Die Klägerin wende hingegen ohne Erfolg ein, im Streitfall liege eine rein unternehmensbezogene Werbung vor, die bereits gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG generell unzulässig sei. Zwar sei streitig, wie eine Werbung zu beurteilen ist, die keine Aussagen über die Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers, sondern nur Aussagen über dessen geschäftliche oder persönliche Verhältnisse enthalte. Auf diesen Streit komme es allerdings nicht an, wenn – wie vorliegend – zumindest mittelbar auch Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers betroffen sind. Die in der Pressemitteilung enthaltene Behauptung, die Knochenzementprodukte der Klägerin seien unter widerrechtlicher Verwendung von Betriebsgeheimnissen der Beklagten entwickelt und hergestellt worden, bezöge sich in diesem Sinne mittelbar auf die Leistungsfähigkeit und Fachkompetenz des Personals der Klägerin.⁷¹

⁷⁰ Urteil vom 07. März 2019, a.a.O., juris, Rn. 13 f.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts habe die Beklagte mit ihrer Pressemitteilung die Klägerin jedoch nicht i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter herabgesetzt.⁷² Eine Herabsetzung im Sinne dieser Bestimmung setze mehr voraus als die einem kritischen Werbevergleich immanente Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile der verglichenen Produkte. Herabsetzend sei ein Vergleich nur, wenn zu den mit jedem Werbevergleich verbundenen (negativen) Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die ihn als unangemessen abfällig erscheinen lassen. Rechtsfehlerhaft habe das Berufungsgericht aber keine besonderen Umstände festgestellt, welche die in der Pressemitteilung gemachten Äußerungen der Beklagten in diesem Sinne als unangemessen abfällig erscheinen ließen. Weiterhin folgt der Bundesgerichtshof nicht der Einschätzung des Berufungsgerichts, der angesprochene Verkehr erhalte im Streitfall durch die beanstandeten Angaben in der Pressemitteilung keine für seine Nachfrageentscheidung maßgebliche Information.⁷³ Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Regelung über die vergleichende Werbung gemäß § 6 UWG sei es im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung von Bedeutung, ob die Äußerung für den legitimen Zweck des Vergleichs, d.h. die Unterrichtung der Adressaten der Werbung über die Vorteile des eigenen Angebots und damit die Verbesserung der Markttransparenz, erforderlich oder immerhin nützlich ist; mithin komme es auch darauf an, ob und inwieweit der angesprochene Verkehr die betreffende Information für seine sachgerechte, informierte Nachfrageentscheidung benötige. Bei seiner dahingehenden Beurteilung habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, dass die mit der Pressemitteilung angesprochenen potentiellen Kunden der Klägerin nach der Lebenserfahrung nicht allein an der Lieferbarkeit der genannten Produkte interessiert sind; vielmehr sei für den durchschnittlichen Bezieher regelmäßig auch von Interesse, ob der Anbieter seine Marktstellung durch eigene Leistung bei der Entwicklung eines bestimmten Produkts oder aber durch die Verletzung von Betriebsgeheimnissen eines Mitbewerbers erreicht hat.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 21 f.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 30 f.

7. Unzumutbare Belästigung: „WiFi-Spot“ (§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG)

Die Entscheidung „WiFi-Spot“ vom 25. April 2019⁷⁴ betrifft die Frage der unzumutbaren Belästigung durch ein ohne Zustimmung des Verbrauchers eingerichtetes separates WLAN-Signal an einem WLAN-Router. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. hatte einen Kabelnetzbetreiber wegen einer technischen Umstellung in Anspruch genommen, bei der die WLAN-Router einzelner Kunden zusätzlich für ein möglichst flächendeckendes WLAN-Netz genutzt werden. Für den auf Wunsch der Internetkunden kostenfrei zur Verfügung gestellten WLAN-Router hatte die Beklagte im Jahr 2013 mitgeteilt, sie werde die Konfiguration dieser Router zur Einstellung eines flächendeckenden WLAN-Netzes dahin ändern, dass auch Dritte auf diese Router zugreifen und sich mit dem Internet verbinden könnten; hierfür werde ein separates WLAN-Signal aktiviert, welches Dritten getrennt vom privaten WLAN-Netz des jeweiligen Kunden einen Zugang zum Internet eröffne. Dem Kundenanschreiben waren „besondere Geschäftsbedingungen WiFi-Spot“ beigefügt. Die Verbraucherzentrale nahm die Beklagte auf Unterlassung der Aktivierung eines solchen separaten WLAN-Signals für Dritte in Anspruch, wenn diese Aktivierung mit den Verbrauchern nicht vertraglich vereinbart wurde und die Verbraucher zur Aktivierung kein Einverständnis erklärt haben; zuvor hatte die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung wegen der Verwendung des Kundenschreibens und der damit übersandten „Besonderen Geschäftsbedingungen WiFi-Spot“ abgegeben.

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach der Klägerin kein Unterlassungsanspruch zustehe. Die fragliche Aktivierung stelle weder einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG dar noch sei diese aus sonstigen Gründen als wettbewerbswidriges Verhalten einzuordnen. Zwar sei die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals, das von Dritten genutzt werden kann, eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2

⁷⁴ Urteil vom 25. April 2019 – [I ZR 23/18](#) – juris.

Abs. 1 Satz 1 UWG; es fehle allerdings bereits an einer Belästigung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG. Das Berufungsgericht habe insoweit mit Recht angenommen, dass die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals keine Vertragsverletzung begründe; nach den Feststellungen des Berufungsgerichts werde die geschuldete Vertragsleistung (Zugang zum Internet) durch das zweite WLAN-Signal nicht beeinträchtigt.⁷⁵ Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts liege eine Belästigung im Streitfall auch nicht in der unbestellten und damit aufgedrängten Dienstleistung des erweiterten Zugriffs auf WLAN-Leistungen.⁷⁶ Der Einordnung als Dienstleistung der Beklagten stehe entgegen, dass der Kunde den Home-Spot, der auf dem ihm zur Verfügung gestellten Router aktiviert wird, selbst nicht nutzen könne. Selbst bei Annahme einer aufgedrängten Dienstleistung fehle der Belästigung zudem der Charakter der Unzumutbarkeit.⁷⁷ Insoweit habe das Berufungsgericht zu Recht eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen der Kunden im Zuge der Aktivierung des zweiten WLAN-Signals verneint und bei der Prüfung der Zumutbarkeit berücksichtigt, dass die Kunden die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals jederzeit widerrufen könnten. Ein Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt einer aggressiven geschäftlichen Handlung i.S.v. § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG scheitere daran, dass vorliegend keine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden erfolge.⁷⁸ Ein Unterlassungsanspruch sei auch nicht wegen Verstoß gegen § 3a UWG i.V.m. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet. Die Freischaltung des zweiten WLAN-Signals stelle, wie zu § 7 Abs. 1 UWG dargestellt, keine Vertragsverletzung dar und beeinträchtige die Rechte der Kunden auch nicht auf andere Weise.⁷⁹

8. Rechtsfolgen (entfällt)

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 18 f.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 26 f.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 40.

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) Kündigung der Unterlassungsvereinbarung (§ 8 Abs. 4 UWG, § 242 BGB)

Im Urteil vom 14. Februar 2019⁸⁰ befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, unter welchen Bedingungen eine Unterlassungsvereinbarung wegen eines rechtsmissbräuchlichen Vorgehens des Gläubigers außerordentlich gekündigt werden kann. Im Streit stand die Wirksamkeit einer Unterlassungsvereinbarung, die der Beklagte im Juni 2014 wegen früherer Verstöße gegen das Elektro- und Elektronikgerätegesetz bei seinem Handel mit Kopf- und Ohrhörern unterzeichnet hatte. Wegen Verstößen gegen die Unterlassungserklärung des Beklagten noch Ende 2014 in sieben Fällen hatte der Kläger die Beklagte auf Zahlung von Vertragsstrafen in Anspruch genommen. Im Termin vor dem Landgericht hatte die Beklagte die Unterlassungsvereinbarung außerordentlich mit der Begründung gekündigt, das Vorgehen des Klägers sei rechtsmissbräuchlich, und widerklagend Ersatz der Kosten für ihre Rechtsverteidigung verlangt. Die Vorinstanzen hatten die Klage als unbegründet, die Widerklage dagegen als begründet erachtet. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.

Unterlassungsvereinbarungen können wie alle Dauerschuldverhältnisse nach § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten bei einer Abmahnung kann in diesem Sinne einen wichtigen Grund für die Kündigung einer auf der Abmahnung beruhenden Unterlassungsvereinbarung darstellen.⁸¹ Zwar ist die Frage, ob die Geltendmachung einer Vertragsstrafe aufgrund einer Unterlassungserklärung eines Mitbewerbers rechtsmissbräuchlich ist, nach den allgemeinen Grundsätzen nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zu beurteilen; dabei können aber die Umstände berücksichtigt werden, die im Rahmen von § 8 Abs. 4 UWG einen

⁸⁰ Urteil vom 14. Februar 2019 – [I ZR 6/17](#) – juris.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

Rechtsmissbrauch begründen.⁸² Von einem Missbrauch i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde, für sich genommen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele sind. Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein; vielmehr reicht es aus, dass die sachfremden Ziele überwiegen.⁸³ Das Berufungsgericht habe in dieser Sache – wie der Bundesgerichtshof näher ausführt – zu Recht angenommen, dass nach diesen Maßstäben der Kläger wegen seiner eigenen Vermögenslosigkeit und eines kollusiven Zusammenwirkens mit seinen Prozessbevollmächtigten bei der Abmahnung der Beklagten rechtsmissbräuchlich i.S.v. § 8 Abs. 4 UWG vorgegangen sei. Der Bundesgerichtshof lässt offen, ob die Beklagte bereits vor dem Wirksamwerden ihrer Kündigungserklärung gegen ihre Unterlassungspflichten aus der Unterlassungsvereinbarung verstoßen habe.⁸⁴ Es sei umstritten, ob ein aufgrund missbräuchlicher Abmahnung abgeschlossener Unterlassungsvertrag nicht nur nach § 314 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden könne, sondern der Geltendmachung von Vertragsstrafen für Verstöße gegen die Unterlassungspflichten auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegenstehen könne. Das Berufungsgericht habe diese Frage mit Recht bejaht. Bei Vertragsstrafenansprüchen aus einer Unterlassungsvereinbarung ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob das Verhalten des Abmahnenden vor, bei und nach der Abmahnung den Schluss rechtfertigt, dass deren Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Im Streitfall habe der Kläger nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen seine umfassende Abmahntätigkeit allein zu dem Zweck, u.a. Vertragsstrafeversprechen zu generieren, und angesichts der eigenen desolaten Vermögensverhältnisse in dem Bewusstsein betrieben, dass die Abgemahnten gegen ihn selbst im Falle eines Prozessgewinns keine Kostenerstattungsansprüche würden realisieren können.⁸⁵

82 a.a.O., juris, Rn. 17.

83 a.a.O., juris, Rn. 21.

84 a.a.O., juris, Rn. 32 f.

85 a.a.O., juris, Rn. 36.

b) „Prozessfinanzierer II“ (Rechtsmissbräuchliche Gewinnabschöpfungsklage; § 10 Abs. 1 UWG)

Mit seiner Entscheidung „Prozessfinanzierer II“ vom 09. Mai 2019⁸⁶ knüpft der I. Zivilsenat nach kurzer Zeit an sein gleichnamiges erstes Urteil vom 13. September 2018⁸⁷ an. Der I. Zivilsenat entscheidet auch in dieser Sache zum Nachteil des klagenden gemeinnützigen Verbraucherverbands, der mit Hilfe eines gewerblichen Prozessfinanzierers ein Mobilfunkunternehmen auf Herausgabe des Gewinns aus wettbewerbswidrigen Handlungen an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen hat. Der Kläger sei zwar klagebefugt, der Bundesgerichtshof ordnet die Klageerhebung in Übereinstimmung mit seiner Entscheidung vom 13. Dezember 2018 aber als rechtsmissbräuchlich und deshalb unzulässig ein.

Das Oberlandesgericht Schleswig hatte als Berufungsgericht in dieser Sache angenommen, die Finanzierung einer Verbandsklage durch einen gewerblichen Prozessfinanzierer sei nicht rechtsmissbräuchlich, solange gewährleistet sei, dass Kläger und Prozessfinanzierer weder personell noch finanziell verflochten seien und der an den Prozessfinanzierer im Falle des Obsiegens abzuführende Gewinnanteil das Maß des Üblichen – was hier der Fall sei – nicht übersteige. Das Kriterium einer mangelnden personellen oder finanziellen Verflechtung lässt der Bundesgerichtshof nicht gelten. Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Klage resultiert aus seiner Sicht bereits daraus, dass die Einschaltung eines Prozessfinanzierers, dem eine Vergütung in Form eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt wird, dem Zweck der gesetzlichen Regelung des § 10 UWG widerspreche.⁸⁸ Es möge zwar zutreffen, dass mit der gewerblichen Prozessfinanzierung der Zweck verfolgt werde, der Regelung über die Gewinnabschöpfung in § 10 UWG im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher zum Erfolg zu verhelfen. Das könne aber nicht in der hier geschehenen Weise erfolgen. Dass die klagebefugten Verbände im Obsie-

⁸⁶ Urteil vom 09. Mai 2019 – [I ZR 205/17](#) – juris.

⁸⁷ Urteil vom 13. September 2018 – [I ZR 26/17](#) – juris.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 25 unter Verweis auf Prozessfinanzierer I – a.a.O. – juris, Rn. 41.

gensfalle den Gewinn an den Bundeshaushalt abzuführen haben und im Unterliegensfall die Kosten des Rechtsstreits tragen müssen und daher kein besonderes Interesse an einer Rechtsverfolgung haben, beruhe auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers.⁸⁹

Die Klagemöglichkeit von Verbraucherverbänden laufe auch nicht ins Leere, weil die Verbraucherverbände die Herabsetzung des Streitwerts nach § 12 Abs. 4 Satz 1 UWG, § 51 Abs. 5 GKG beantragen könnten.⁹⁰

c) „Bring mich nach Hause“ (Erstbegehungsfahr)

In der urheberrechtlichen Rechtssache zu einem rechtswidrigen Herunterladen des Musikalbums „Bring mich nach Hause“ vom 07. März 2019⁹¹ macht der I. Zivilsenat Ausführungen zur Begründung einer Erstbegehungsfahr durch Maßnahmen der Rechtsverteidigung.

Nach ständiger Rechtsprechung besteht ein auf Erstbegehungsfahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch nur, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in der fraglichen Weise rechtswidrig verhalten. Eine solche Berühmung kann unter Umständen auch in Erklärungen zu sehen sein, die im Rahmen der Rechtsverteidigung in einem gerichtlichen Verfahren abgegeben werden. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn nicht nur der eigene Rechtsstandpunkt vertreten wird, um sich die bloße Möglichkeit eines entsprechenden Verhaltens für die Zukunft offenzuhalten, sondern den Erklärungen bei Würdigung der Einzelumstände des Falls auch die Bereitschaft zu entnehmen ist, sich unmittelbar oder in naher Zukunft in dieser Weise zu verteidigen.⁹² In der vorliegenden Sache hatte sich der Widerbeklagte vorprozessual unter Hinweis darauf verteidigt, für die behauptete Rechtsverletzung nicht verantwortlich und zu einer Sicherung des von ihm bereitgestellten WLAN-Zugangs nicht

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 34, wiederum unter Verweis auf Prozessfinanzier I, a.a.O., juris, Rn. 47 f.

⁹¹ Urteil vom 07. März 2019 – [I ZR 53/18](#) – juris.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 32.

verpflichtet zu sein; diese lediglich rechtsverteidigende Einlassung begründete nach Auffassung des Bundesgerichtshofs keine Erstbegehungsfahr⁹³. An einer Erstbegehungsfahr fehlte es aber auch im Hinblick auf die vom Kläger erhobene Feststellungsklage. Mit der Stellung eines Klageantrags, mit der die Feststellung begehrt wird, zu einem außergerichtlich verfolgten Begehren nicht verpflichtet zu sein, verfolgt der Feststellungskläger in der Regel allein den Zweck, sich die Möglichkeit eines bestimmten Verhaltens nach gerichtlicher Klärung offen zu halten. Mithin bringe der Feststellungskläger gerade nicht – wie für die Annahme einer Erstbegehungsfahr erforderlich wäre – zum Ausdruck, sich unmittelbar oder in naher Zukunft in der beanstandeten Weise verhalten zu wollen⁹⁴.

d) „Umwelthilfe“ (§ 4 Abs. 1 UKlaG; § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG)

In der Entscheidung „Umwelthilfe“ vom 04. Juli 2019⁹⁵ beschäftigt sich der I. Zivilsenat mit der Abgrenzung der Klagebefugnis qualifizierter Einrichtungen und der Unzulässigkeit einer Klage im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Die Deutsche Umwelthilfe e.V. hatte als beim Bundesamt für Justiz geführte qualifizierte Einrichtung i.S.v. § 4 Abs. 1 UKlaG ein Autohaus in Anspruch genommen, das auf der Internetseite Neufahrzeuge beworben, für die Informationen zum Kraftstoffverbrauch und zu den CO₂-Emissionen allerdings auf einen im Autohaus ausliegenden Leitfaden verwiesen hatte. Die auf einen Verstoß gegen § 5 i.V.m. der Anlage 4 Pkw-EnVKV gestützte Klage war in den Vorinstanzen erfolgreich, das Berufungsgericht hatte die Revision – nach dem Verständnis des Bundesgerichtshofs – nur für die Frage der Klagebefugnis der Klägerin zugelassen.

Der Bundesgerichtshof bestätigt zunächst eine Rechtsprechung, wonach die Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG nicht nur die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis be-

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁹⁵ Urteil vom 04. Juli 2019 – [I ZR 149/18](#) – juris.

trifft; diese müsse als Urteilsvoraussetzung auch im Revisionsverfahren fortbestehen. Zwar könne gemäß § 4 Abs. 4 UKlaG das Gericht das Bundesamt für Justiz zur Überprüfung der dort vorgenommenen Eintragung in die Liste qualifizierter Einrichtungen auffordern und die Verhandlung bis zu dessen Entscheidung aussetzen; an das Vorliegen begründeter Zweifel an der Klagebefugnis i.S.v. § 4 Abs. 4 UKlaG seien allerdings strenge Anforderungen zu stellen⁹⁶. Das Berufungsgericht habe in dieser Sache begründete Zweifel am Fortbestehen der Eintragungsvoraussetzungen zu Recht verneint. Soweit die Klägerin eine Vielzahl von unterschiedlichen gemeinnützigen Zwecken verfolge und die zur Verfügung stehenden Gelder zwischen diesen Bereichen transferiere, könne sie zwar als unechter Mischverband anzusehen sein; diese Satzungszwecke der Klägerin seien dem Bundesamt für Justiz aber bekannt.

Das mit der Klage verfolgte Ziel – was unabhängig von den Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen sei – stehe auch mit den satzungsmäßigen Aufgaben der Klägerin in Einklang.⁹⁷ Die Unterlassungsklage wegen eines Verstoßes gegen § 5 Pkw-EnVKV sei von dem Satzungszweck der Klägerin umfasst. Schließlich stehe der Zulässigkeit der Klage auch nicht der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen.⁹⁸ Von einem Missbrauch i.S.v. § 8 Abs. 4 UWG sei auszugehen, wenn das beherrschende Motiv bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde, für sich genommen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele sind und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen. Dabei sei allerdings nicht jedes Bestreben eines Verbands, durch die Gestaltung seines Vorgehens gegen Wettbewerbsverstöße auch Einnahmen in Form von Abmahnkostenerstattungen oder Vertragsstrafen zu erzielen, ein Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen; dies gelte jedenfalls, solange der angebliche Vereinszweck nicht als vorgehobenes Mittel zur Verwirklichung der Einnahmeerzielung angesehen

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 27 f.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 30 f.

werden muss⁹⁹. Bei dieser Frage sei auch die Zuständigkeit des Bundesamts für die (Überprüfung der) Eintragung der Einrichtung in die Liste der qualifizierten Einrichtungen zu berücksichtigen. Die konkrete Mittelverwendung der qualifizierten Einrichtung sei zwar grundsätzlich der Prüfung durch das Bundesamt für Justiz vorbehalten. Dienen die Marktverfolgung und die damit generierten Einnahmen aber primär anderen Zwecken als der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen, könne darin ein Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Anspruchsverfolgung liegen.¹⁰⁰ Der Senat differenziert insoweit zwischen dem allgemeinen Gesichtspunkt der Klagebefugnis und dem konkreten Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Ob das beanstandete Verhalten unter dem einen oder dem anderen Gesichtspunkt zu prüfen ist, richtet sich danach, ob der Vorwurf auf das Vorgehen im konkreten Fall zielt oder auf die allgemeine Ausnutzung der – im Fall des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG – durch die Eintragung nach § 4 Abs. 2 UKlaG erworbenen Rechtsposition.¹⁰¹

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)

a) „Teilnehmerdaten V“ (§ 1 GWB; § 47 Abs. 4 TKG)

Das Urteil des Kartellsenats vom 29. Januar 2019¹⁰² betrifft die kartellrechtliche Aufarbeitung von Herausgebergesellschaften, die von Deutsche Telekom AG bzw. ihren Tochtergesellschaften für die über lange Zeit unverzichtbaren, später weitgehend verschwundenen Teilnehmerverzeichnissen „Das Telefonbuch“ und „Das Örtliche“ geschlossen worden waren.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 39.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹⁰² Urteil vom 29. Januar 2019 – [KZR 4/17](#) – juris.

Zur Herausgabe dieser Verzeichnisse hatte die Deutsche Telekom Medien GmbH mit über 100 Fachverlagen in Deutschland, u.a. der Klägerin des Verfahrens, GbR-Verträge mit dem Zweck der Zusammenarbeit bei der Herausgabe der Verzeichnisse geschlossen. Aufgabe der DeTeMedien war es, den Gesellschaften die von ihr selbst von Deutsche Telekom AG bzw. Telekom Deutschland GmbH bezogenen Teilnehmerdaten zur Verfügung zu stellen; den Regionalgesellschaften oblag die Bearbeitung der Teilnehmerdaten, die vergütungspflichtige Aufnahme von Sonderbeiträgen und Werbeanzeigen sowie die Redaktion und Herstellung der Telefonbücher. DeTeMedien und die Regionalverlage waren darüber hinaus in „Zeichen-GbR“ verbunden, deren Zweck u.a. in dem Erhalten, Nutzung und Weiterentwickeln der für die Teilnehmerverzeichnisse genutzten Marken bestand. Ab 1999 sanken die Kosten für die Beschaffung der Teilnehmerdaten erheblich. Das von den Abnehmern der Teilnehmerdaten an Deutsche Telekom AG gezahlte Entgelt betrug ab 1999 89 Mio. €; mit Beschluss vom 20. September 2010 setzte die Bundesnetzagentur das Kostenvolumen für die Überlassung von Teilnehmerdaten auf höchstens ca. 1,6 Mio. € fest. Vor diesem Hintergrund schlossen die Klägerinnen sowie die anderen Regionalverlage mit Telekom Deutschland GmbH im Wesentlichen gleichlautende Vereinbarungen (im Fall der Klägerin am 13. Dezember 2006) zur Ergänzung der ursprünglichen Kooperationsverträge. Im Gegenzug zu einer dauerhaften Absenkung der Erlösanteile der Telekom Deutschland GmbH um 4,6 Prozentpunkte verzichtete die Klägerin dauerhaft auf die Geltendmachung jedweder Ansprüche im Zusammenhang mit der regulatorischen Absenkung der Entgelte für die Überlassung von Teilnehmerdaten. Später hielt die Klägerin diesen Anspruchsverzicht für unwirksam und Telekom Deutschland GmbH für verpflichtet, ihr die Teilnehmerdaten zu den Bedingungen des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. September 2010 zur Verfügung zu stellen. Mit der von ihr erhobenen Klage beanspruchte sie die teilweise Rückzahlung der in den Jahren 2009 bis 2013 entrichteten Erlösanteile. Diese Kla-

ge blieb in den Vorinstanzen und auch vor dem Bundesgerichtshof ohne Erfolg.

Der Kartellsenat hält den in der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 vereinbarten Anspruchsverzicht für wirksam. Das Berufungsgericht habe insoweit rechtsfehlerfrei angenommen, dass es sich bei den Ausgangsvereinbarungen um Gesellschaftsverträge gemäß § 705 BGB handele. Weder seien aber die Erlösverteilungsregelungen für sich genommen noch die Gesellschaftsverträge insgesamt wegen Verstoß gegen § 1 GWB nichtig. Es bestünden keine kartellrechtlich unzulässigen Sternverträge. Das Berufungsgericht habe zu Recht ausgeführt, dass die Erlösverteilung unter den nicht untereinander in Wettbewerb stehenden Gesellschaftern lediglich das Verhältnis zwischen diesen betreffe und als solche keine Außenwirkung entfalte; die Klägerin stehe mit Telekom Deutschland GmbH auch nicht in einem potentiellen Wettbewerb.¹⁰³ Auch sei keine Gesamtnichtigkeit der Gesellschaftsverträge festzustellen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestehe insbesondere keine zentrale Preisvorgabe der DeTeMedien für die Festlegung der Preise für Anzeigen und kostenpflichtige Einträge. Die Gesellschaftsverträge verstießen auch nicht wegen der vorgegebenen Gebietsaufteilung und Wettbewerbsklausel gegen § 1 GWB. Dem Berufungsgericht sei insoweit zuzustimmen, dass es zu einer nicht hinnehmbaren Marktverwirrung führen würde, wenn zwei Verzeichnisse für denselben Bezirk unter derselben Marke miteinander konkurrieren würden. Der Entscheidung des Kartellsenats „Verbandszeichen“¹⁰⁴ liege eine grundlegend andere Fallgestaltung zugrunde als die hier in Rede stehende Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen.¹⁰⁵

Die Gesellschaftsverträge seien auch nicht wegen einer unzulässigen Marktzugangsbeschränkung kartellrechtswidrig. Unabhängig von der Frage, ob das Berufungsgericht den sachlichen Markt zutreffend abgegrenzt habe, könne die Klägerin keine unzulässige Preisdiskriminierung nach

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 33 f.

¹⁰⁴ Beschluss vom 12. März 1991 – KVR 1/90 – juris.

¹⁰⁵ Urteil vom 09. Januar 2019, a.a.O., juris, Rn. 49 f.

§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2005 und auch keinen unzulässigen Ausbeutungsmisbrauch gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005 geltend machen. Die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Erlösbeteiligung der DeTeMedien sei nicht als Entgelt oder Gegenleistung der Klägerin für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten anzusehen; vielmehr stelle die Erbringung der zuvor bei Deutsche Telekom AG bzw. Deutsche Telekom GmbH erworbenen Daten eine Beitragsleistung der DeTeMedien für die gemeinsame Gesellschaft dar. Die Bereitstellung der Daten stehe auch bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung nicht in einem auf Leistungsäquivalenz überprüfbares Gegenseitigkeits- oder Austauschverhältnis zu der Erlösbeteiligung. Zur Förderung des gemeinsamen Zweckes seien neben der gleichfalls in den Aufgabenbereich der DeTeMedien fallen Distribution der Teilnehmerverzeichnisse auch die Inanspruchnahme der Leistungen der Marketing- und Servicegesellschaften und vor allem die für den wirtschaftlichen Erfolg wesentlichen Marken von zentraler Bedeutung.¹⁰⁶ Ein Verstoß gegen die aus § 47 TKG folgende Preisbegrenzung liege jedenfalls deshalb nicht vor, weil es an einer Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt i.S.v. § 47 Abs. 4 TKG fehle. Der Normzweck von § 47 Abs. 4 TKG erfordere zum Schutz vor einer Umgehung keine Erstreckung der Regelung auf Sachverhalte, die durch das Bereitstellen von Teilnehmerdaten im Rahmen einer gesellschaftsvertraglichen Beitragsleistung gekennzeichnet sind. Da es im Streitfall im Verhältnis der Parteien bereits an einer Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt i.S.v. § 47 Abs. 4 TKG fehle, sei auch die Rechtsprechung zum Bündelungsverbot im Zusammenhang mit dem Entgelt für Teilnehmerdaten nicht anwendbar.¹⁰⁷

Schließlich habe das Berufungsgericht zu Recht die Verzichtvereinbarung auch nicht wegen Sittenwidrigkeit als nichtig angesehen.¹⁰⁸ Nach den getroffenen Feststellungen bestehe bereits kein objektives Missverhältnis der wechselseitigen Leistungen. Da es sich bei der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 um einen Vergleichsabschluss handele, sei auf ein

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 58 f.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 75 f.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 91 f.

mögliches Missverhältnis des jeweiligen Nachgebens abzustellen. Entscheidend sei hierbei, ob der Vergleichsinhalt aus Sicht der Vertragsparteien beim Vergleichsabschluss als sachgerechte Bereinigung des Streitfalls erschienen sei. Dies sei vom Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht anzugreifender Weise bejaht worden. Soweit die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 angesichts der Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) – deren Anwendbarkeit der Senat bejaht – überhaupt der AGB-Kontrolle unterfalle, genüge die Verzichtserklärung dem Transparenzgebot und sei auch nicht wegen inhaltlicher Unausgewogenheit unwirksam.¹⁰⁹

b) „Süßwarenkartell“ (§§ 1, 81 Abs. 4 GWB 2007)

Mit seinem Beschluss vom 21. Juni 2019¹¹⁰ hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Januar 2017 zum sog. Süßwarenkartell aufgehoben.

Das Oberlandesgericht hatte wegen einer vorsätzlichen Kartellabsprache der beteiligten Süßwarenhersteller Geldbußen festgesetzt. Es hatte dabei zugrunde gelegt, dass spätestens seit dem Jahr 2003 eine stillschweigend getroffene Grundübereinkunft zum Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen bestanden habe und diese Kartellabsprache in weiteren Sitzungen umgesetzt worden sei. Der Bundesgerichtshof hat dies als eine nicht tragfähige Beweiswürdigung beanstandet. Anders als für ein Strafurteil vorgesehen, habe das Oberlandesgericht die Einlassung einiger Nebenbetroffener nicht wiedergegeben. Hierdurch sei die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts lückenhaft. Dies erfasse auch die Beweiswürdigung zu Lasten der Betroffenen.¹¹¹ Dem angefochtenen Urteil sei zu entnehmen, dass sich die Nebenbetroffenen teilweise bestreitend zum Tatvorwurf eingelassen hätten; von diesen sei nach den Feststellungen aber die kartellrechtswidrige Grundabsprache getroffen worden, weshalb ihre

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 95 f.

¹¹⁰ Beschluss vom 21. Juni 2019 – [KRB 10/18](#) – juris.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 10 f.

zur Sache erfolgten Einlassungen insgesamt von wesentlicher Bedeutung für die Überzeugungsbildung des Oberlandesgerichts gewesen seien. Das Oberlandesgericht habe sich auch nicht damit begnügen dürfen, für die entscheidende Frage des Vorliegens kartellrechtswidrigen Verhaltens nur die belastenden Aussagen von Zeugen heranzuziehen. Nicht nur habe sich das Oberlandesgericht insoweit nicht mit der Aussagemotivation der Zeugen befasst. Zudem sei bei der Würdigung der Beweise zu bedenken, dass den Bekundungen eines Zeugen grundsätzlich nicht schon durch seine Verfahrensrolle höheres Gewicht zukomme als anderslautenden Angaben der Nebenbetroffenen.¹¹²

2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)

(insoweit wird auf das Urteil vom 29. Januar 2019 verwiesen, hier unter II. 1. a))

3. Zusammenschlusskontrolle „Edeka/Kaiser’s Tengelmann“ (§ 42 GWB)

Mit Beschluss vom 11. Dezember 2018¹¹³ hatte der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs nochmals in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren Gelegenheit, sich mit dem Zusammenschluss von Edeka und Kaiser’s Tengelmann zu befassen.

Nach bestandskräftigem Erlass der Ministererlaubnis und Vollzug des Zusammenschlusses hatten Edeka sowie die Netto Marken-Discount AG und Co. KG ihre gegen die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts vom 31. März 2015 gerichteten Anfechtungsbeschwerden aufrecht erhalten und hilfsweise die Feststellung begehrt, dass die Untersagungsverfügung des Amts rechtswidrig gewesen sei. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte die weiterverfolgten Anfechtungsbeschwerden mangels materieller Beschwer als unzulässig verworfen und die hilfsweise weiterverfolg-

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 17 f.

¹¹³ Beschluss vom 11. Dezember 2018 – [KVR 65/17](#) – juris.

ten Fortsetzungsfeststellungsbeschwerden zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses mangels Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Bundeskartellamts als unbegründet zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der beiden Betroffenen blieb vor dem Bundesgerichtshof ohne Erfolg. Der Kartellsenat verneint eine grundsätzliche Bedeutung der mit der Beschwerde aufgeworfenen Frage, ob die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB dazu führe, dass sich eine parallel eingeleitete Anfechtungsbeschwerde erledige.¹¹⁴ Auch ein besonderes Gewicht für die beteiligten Verkehrskreise als Voraussetzung einer grundsätzlichen Bedeutung fehle, da die Ministererlaubnis unter auflösende Bedingungen mit einer Geltungsdauer von fünf Jahren gestellt worden sei, mit denen ein von den betroffenen Unternehmen ohnehin nicht beabsichtigtes Verhalten erfasst werde. Der Wegfall der Beschwer einer Anfechtungsbeschwerde nach Erteilung einer Ministererlaubnis hänge zudem von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Ausgestaltung der Ministererlaubnis und ihrer Nebenbestimmungen ab.

Sachlichen Klärungsbedarf für eine Grundsatzbedeutung könne die Nichtzulassungsbeschwerde auch nicht zur sachlichen Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt aufzeigen. Die Auffassung der Beschwerde, Fachhandel und Nahrungsmittelhandwerk seien in einen sachlichen Markt einzubeziehen, sei nicht klärungsbedürftig. Der Sortimentsgedanke sei in der Rechtsprechung des Kartellsenats anerkannt. Ob von dem Angebot anderer Vertriebslinien, bei denen die Verbraucher einen Teil ihres Bedarfs an Artikeln des Sortiments decken könnten, ein so erheblicher Wettbewerbsdruck ausgehe, dass diese anderen Anbieterkategorien in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen sind, sei eine Tatfrage.¹¹⁵ Auch weiche die räumliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamts nicht willkürlich von dessen bisheriger Praxis ab. Die vom Bundeskartellamt gewählte Vorgehensweise, die Marktabgrenzung auf Besonderheiten stark verdich-

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 9 f.

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

teter Ballungsräume zu stützen, ermögliche eine plausibel erscheinende Aufteilung in angemessen große Markträume.¹¹⁶

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

„Stationspreissystem“ (§ 315 BGB; Eisenbahn-Richtlinie 2001/14/EG)

Mit Beschluss vom 29. Januar 2019¹¹⁷ gibt der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs seine langjährige Rechtsprechung zur Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB für den unionsrechtlich regulierten Bereich der Eisenbahn-Infrastrukturentgelte auf.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, hatte die DB Station & Service AG auf Rückzahlung einer aus ihrer Sicht unwirksamen Preiserhöhung für Stationsnutzungsentgelte ab 01. Januar 2005 in Anspruch genommen. Der Kartellsenat hatte in diesem Verfahren zur Frage der Anwendbarkeit einer nationalen Billigkeitskontrolle neben dem unionsrechtlichen Regulierungsregime aus der Richtlinie 2001/14/EG zunächst ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet, dieses allerdings nach der Entscheidung des EuGH im Urteil vom 09. November 2017 in der Rechtssache „CTL Logistics GmbH“¹¹⁸, eine auf Vorlage des Landgerichts Berlin ergangene Entscheidung, zurückgenommen. Der Kartellsenat hat vor dem Hintergrund dieser Klärung durch den EuGH das bei ihm anhängige Verfahren nunmehr gemäß § 148 ZPO bis zu einer Entscheidung der Bundesnetzagentur über die dort anhängigen Anträge u.a. der Klägerin auf nachträgliche Überprüfung der in Rede stehenden Stationsnutzungsentgelte ausgesetzt.¹¹⁹

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹¹⁷ Beschluss vom 29. Januar 2019 – [KZR 12/15](#) – juris.

¹¹⁸ Urteil vom 09. November 2017 – C-489/15 – juris.

¹¹⁹ Die Bundesnetzagentur hat zwischenzeitlich in zahlreichen Beschlüssen vom 11. Oktober 2019 – BK10-18-0263_E – eine gesetzliche Grundlage für eine in die Vergangenheit wirkende nachträgliche Entgeltkontrolle verneint.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 09. November 2017 zu Trassenentgelten entschieden, dass die Richtlinie 2001/14/EG und insbesondere die dort vorgesehenen Befugnisse einer nationalen Regulierungsbehörde der Anwendung einer nationalen Regelung wie der des § 315 BGB entgegenstehen, wonach die Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall überprüft und ggf. unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert werden können.¹²⁰ Diese Rechtsprechung wendet der Kartellsenat auch auf Entgelte für Serviceeinrichtungen an. Jedenfalls Sinn und Zweck der Richtlinie 2001/14/EG spreche für die Einbeziehung auch dieser Entgelte in ihren Anwendungsbereich; zudem habe der nationale Gesetzgeber bereits 2005 die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen einschließlich der Entgeltgrundsätze und die Entgelthöhen im Wesentlichen demselben Regulierungsregime unterstellt wie Trassenentgelte.¹²¹ Vor diesem Hintergrund könne an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB jedenfalls dann nicht festgehalten werden, wenn die Überprüfung der Entgelte durch die Bundesnetzagentur eine effektive Durchsetzung des Anspruchs der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ermöglicht und einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen sicherstellt.¹²² Sollte allerdings die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis kommen, dass die von der Beklagten verlangten Entgelte zu beanstanden sind, dass sie jedoch über keine Befugnis verfügt, die Rückzahlung überzahlter Entgelte anzuordnen, stünde der Klägerin weiterhin ein entsprechender zivilrechtlicher Anspruch zu. Dies stehe nicht im Widerspruch zu der Richtlinie, denn die alleinige Befugnis der Regulierungsstelle zur Überprüfung der Entgelte bliebe dabei unberührt.¹²³ Die Bundesnetzagentur habe bisher eine Entscheidung über die Berechtigung des in Streit stehenden Entgelts noch nicht getroffen. Für den hier im Streit

¹²⁰ Urteil vom 29. Januar 2019, a.a.O., juris, Rn. 12.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 19 f.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 11.

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 23.

stehenden Zeitraum von November 2006 bis Februar 2008 sei der Bundesnetzagentur eine Sachentscheidung nach § 14f Abs. 2 und Abs. 3 AEG 2005 jedenfalls nicht offenkundig verwehrt.¹²⁴ Mögliche kartellrechtliche Ansprüche der Klägerin, mit denen sich das Berufungsgericht noch nicht befasst hatte, lässt der Kartellsenat ausdrücklich offen.¹²⁵

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales (entfällt)

6. Sonstiges

Karlsruhe, den 13. November 2019

Dr. Peter Rädler

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 24 f.

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 31; vgl. hierzu das – noch nicht veröffentlichte – Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Oktober 2019 im Verfahren KZR 39/19.